



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 LC 324/20

VG: 6 K 112/19

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

– Klägerin und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Kinder und Bildung,
Rembertiring 8 - 12, 28195 Bremen,

– Beklagte und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, den Richter am Oberverwaltungsgericht Traub und den Richter am Verwaltungsgericht Bogner sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Schmitt-Wenkebach und Schubert aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. November 2021 für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 6. Kammer – vom 11. September 2020 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis sowie eine Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wegen der Versagung ihrer Übernahme in das Beamtenverhältnis.

Sie wurde am 1971 geboren. Von 1992 bis 1999 absolvierte sie erfolgreich den Diplom-Studiengang Behindertenpädagogik an der Universität Bremen. Neben dem Studium begann sie ab 1992 eine Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einem privaten Arbeitgeber; sie war als Mitarbeiterin in der Behindertenhilfe tätig. 2002 wurde ihr erstes Kind geboren. Die Klägerin befand sich im Anschluss an den Mutterschutz bis zum 04.08.2004 in Elternzeit. Parallel arbeitete sie in Teilzeit; dazu reduzierte sie ab Februar 2003 ihre Arbeitszeit auf sieben Stunden wöchentlich. Das Arbeitsverhältnis endete im Januar 2004. Im Anschluss war sie arbeitssuchend. Ab August 2006 war sie erneut als Arbeitnehmerin in Teilzeit bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigt. Ihr oblag die Betreuung von schwerbehinderten Kindern. 2008 wurde ihr zweites Kind geboren. Im Anschluss an den Mutterschutz befand sich die Klägerin bis zum 04.08.2010 in Elternzeit. Das Arbeitsverhältnis endete im August 2014.

Ab dem 01.09.2014 war sie bei der Beklagten zunächst im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses zur berufsbegleitenden Ausbildung beschäftigt. Die Ausbildung erfolgte für das Lehramt inklusive Pädagogik/Sonderpädagogik mit sonderpädagogischer Fachrichtung mit den Schwerpunkten „Geistige Entwicklung“ und „Emotionale und soziale Entwicklung“ im Fach Deutsch. Die Klägerin schloss diese Ausbildung im Juni 2016 erfolgreich ab.

Im Mai 2016 bewarb sie sich um eine Einstellung in den bremischen Schuldienst. Die Beklagte und die Klägerin schlossen daraufhin einen unbefristeten Arbeitsvertrag; danach ist die Klägerin seit dem 01.07.2016 als Beschäftigte in der Stellung einer Lehrerin für Sonderpädagogik tätig. Die Eingruppierung erfolgte in die Entgeltgruppe 13 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L).

Am 05.10.2018 beantragte die Klägerin ihre Übernahme in das Beamtenverhältnis. Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 01.11.2018 ab. Eine Verbeamtung könne nach § 48 Abs. 1 Satz 1 der Landeshaushaltsordnung in der Fassung des Gesetzes zur Änderung der Haushaltsordnung der Freien Hansestadt Bremen vom 16.11.2010 (Brem.GBl. S. 590) nur erfolgen, wenn die Bewerberin das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet habe. Abweichungen davon seien nur in Ausnahmefällen möglich, beispielsweise bei einer Schwerbehinderung oder wenn die Erziehung von Kindern eine rechtzeitige Bewerbung unmöglich gemacht habe. Ein solcher Ausnahmefall liege bei der Klägerin nicht vor.

Dagegen legte die Klägerin am 14.11.2018 Widerspruch ein. Mit diesem machte sie zudem dem Grunde nach einen Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch gemäß § 15 AGG geltend. Den Widerspruch bezüglich der Nichtübernahme in das Beamtenverhältnis wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17.12.2018, der Klägerin zugegangen am 19.12.2018, zurück. Die Altersgrenze des § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO sei entgegen der Ansicht der Klägerin mit höherrangigem Recht vereinbar und habe keinen diskriminierenden Charakter. Bei der Gewährung von Ausnahmen von der Höchstaltersgrenze (§ 48 Abs. 2 LHO) handle es sich um eine Entscheidung ausschließlich unter haushaltsrechtlichen und fiskalischen Gesichtspunkten. Gründe, die allein in der Person eines Bewerbers liegen, seien hierfür nicht relevant. Insofern sei das im Ausgangsbescheid Gesagte zu korrigieren. Den Antrag auf Schadensersatzzahlung und Entschädigung beschied die Beklagte nicht.

Die Klägerin hat am 18.01.2019 Klage erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, die pauschale Altersgrenze des 45. Lebensjahrs stelle eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung dar. Außerdem und insbesondere diskriminiere sie Frauen, weil sie sich bei Erziehungszeiten nicht verlängere. Das identische Höchstalter zur Verbeamtung setze zwar eine formal gleiche Schranke. Durch diese seien Frauen jedoch deutlich stärker betroffen als Männer. Sie würden statistisch erwiesen ganz überwiegend die bei der Kindererziehung anfallenden Aufgaben übernehmen, was zu großen Unterschieden in der Erwerbsbiographie im Vergleich zu Männern führe. Bereits diese Erschwernis sei für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung durch die pauschale Höchstaltersgrenze ausreichend. Denn wäre für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung eine größere Zahl von Frauen erforderlich, die wegen Überschreitung der Höchstaltersgrenze nicht verbeamtet worden sind, würde eine von einer Einzelperson nicht nachweisbare Voraussetzung geschaffen und damit eine effektive Rechtsdurchsetzung verhindert. Dies werde am Beispiel beruflicher Bekleidungs Vorschriften, die zu einem Verbot des Kopftuchtragens führten, deutlich. Auch wenn sich nur eine Frau aus der überwiegend betroffenen Gruppe muslimischer Frauen dagegen wehre, liege eine

mittelbare Diskriminierung vor. Gleiches müsse für eine pauschale Höchstaltersgrenze gelten. Eine Rechtfertigung für die durch die Pauschalität der Höchstaltersgrenze geschaffene Ungleichbehandlung gebe es nicht. Eine Berücksichtigung von Erziehungszeiten gefährde nicht die Finanzierbarkeit und Funktionsfähigkeit des beamtenrechtlichen Versorgungssystems. Dies zeige sich daran, dass mehrere andere Bundesländer eine Erhöhung der Altersgrenze bei Kinderbetreuungszeiten vorsähen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 01.11.2018 und den Widerspruchsbescheid vom 17.12.2018 aufzuheben und über ihren Antrag vom 05.10.2018 auf Übernahme in das Beamtenverhältnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden,

die Beklagte zu verurteilen, eine angemessene Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Altersgrenze sei eine wesentliche Grundlage für die Finanzierbarkeit und Funktionsfähigkeit des beamtenrechtlichen Versorgungssystems. Aus der bislang ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung sei keine generelle Verpflichtung zu einer differenzierten Ausnahmeregelung abzuleiten. Bei der Festlegung der Höchstaltersgrenze seien etwaige Verzögerungen durch Kindererziehungszeiten, Zeiten des Wehr- oder Wehersatzdienstes oder den Erwerb der erforderlichen Vor- und Ausbildung im zweiten Bildungsweg durch die im Vergleich zu anderen landesrechtlichen Regelungen generell hoch angesetzte Altersgrenze von 45 Jahren angemessen berücksichtigt worden. Die Ausnahmeregelungen zur Altersgrenze würden – wie gesetzlich vorgesehen – in der Verwaltungspraxis eng angewendet. Die Begründung im Ausgangsbescheid, dass Abweichungen von der Höchstaltersgrenze bei Zeiten für die Erziehung von Kindern unter bestimmten Voraussetzungen möglich seien, sei ein Versehen. Wie im Widerspruchsbescheid zutreffend ausgeführt werde, gelte die pauschale Höchstaltersgrenze auch in diesem Fall.

Das Verwaltungsgericht hat, nachdem es bei der Beklagten Daten zur Beschäftigungsstruktur der bei ihr beschäftigten Lehrerinnen und Lehrer eingeholt hatte,

die Klage mit Urteil vom 11.09.2020 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage sei zulässig, aber unbegründet. Die Beklagte habe es zu Recht abgelehnt, die Klägerin in das Beamtenverhältnis auf Probe zu übernehmen. Die Klägerin habe zum maßgeblichen Zeitpunkt die mit höherrangigem Recht vereinbare gesetzliche Altersgrenze für die Übernahme in das Beamtenverhältnis überschritten. Sie habe daher keinen Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags auf Übernahme in das Beamtenverhältnis. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht erfolgten Verbeamtung bestehe nicht. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags auf Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit beurteile sich nach § 48 LHO in der durch Gesetz vom 14.07.2020 (Brem.GBl. S. 617) geänderten Neufassung. Die demnach anzuwendende Höchstaltersgrenze des § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO habe der Verbeamtung der Klägerin bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung entgegengestanden. Die Klägerin habe am 05.10.2018 die Übernahme in das Beamtenverhältnis beantragt. Zu diesem Zeitpunkt habe sie bereits das 47. Lebensjahr vollendet gehabt. Eine Ausnahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO liege nicht vor. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch, dass nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 LHO von der Höchstaltersgrenze abgewichen werde, weil dessen Voraussetzungen durch Kindererziehungszeiten nicht erfüllt würden. Die in § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO festgelegte Höchstaltersgrenze des 45. Lebensjahres zur Übernahme in das Beamtenverhältnis sei mit höherrangigem Recht vereinbar. Sie verletze nicht das in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltene Prinzip der Bestenauslese bzw. den hieraus abgeleiteten beamtenrechtlichen Leistungsgrundsatz. Auch bewirke sie keine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Alters. Dies habe das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen bereits entschieden. Hieran sei auch unter Berücksichtigung der danach ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts festzuhalten. Die Höchstaltersgrenze des § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO sei auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie durch Zeiten der Kinderbetreuung nicht erhöht werde. Der Verzicht auf eine solche Erhöhung bewirke keine mittelbare Diskriminierung von Frauen. Die dafür aus dem Grundgesetz und dem Unionsrecht folgenden Anforderungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Das Grundgesetz schließe nicht nur durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine – vorliegend durch § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO nicht vorgenommene – unmittelbar an das Geschlecht anknüpfende unterschiedliche Behandlung grundsätzlich aus. Es biete mit Art. 3 Abs. 2 GG darüber hinaus Schutz vor faktischen Benachteiligungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ziele die Verfassungsnorm auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern. Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG sei ausdrücklich klargestellt, dass sich das

Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke. In diesem Bereich werde die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert seien, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen. Demnach sei es nicht entscheidend, ob eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpfe. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangten für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung. Das Unionsrecht sehe ein vergleichbares Gleichberechtigungsgebot vor. Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG dürfe es im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen u. a. in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen sowie des Arbeitsentgelts keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liege eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, wenn eine nationale Maßnahme zwar neutral formuliert sei, in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr Arbeitnehmer des einen Geschlechts als Arbeitnehmer des anderen Geschlechts benachteilige. Zur Bestimmung, ob eine Regelung in Anknüpfung an ein geschlechtsunspezifisches Merkmal Nachteile bewirke, die überwiegend bzw. wesentlich mehr ein Geschlecht betreffen, sei die jeweilige Betroffenheit der Geschlechter zu bestimmen. Dabei sei insbesondere auf die proportionale Betroffenheit abzustellen. Der Anteil der Geschlechter an den Gesamtbeschäftigten bzw. einer Beschäftigungsgruppe weise – wie der Lehrerberuf mit einem Geschlechterverhältnis von 2/3 weiblichen zu 1/3 männlichen Lehrkräften beispielhaft verdeutliche – nicht selten erhebliche Unterschiede auf. Absolute Zahlen für den Grad der Betroffenheit seien daher regelmäßig nicht hinreichend aussagekräftig. Es bedürfe deshalb eines Vergleichs, in welchem prozentualen Anteil die Geschlechter jeweils negativ betroffen seien. Ein fester Grenzwert, ab dem ein Zahlenverhältnis als hinreichender Beleg für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung betrachtet werden könne, ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs nicht. Aus den von den Gerichten verwendeten Formulierungen „überwiegend betroffen“ bzw. „wesentlich mehr benachteiligt“ folge aber, dass nicht jeder Unterschied eine mittelbare Diskriminierung begründe. Um eine mittelbare Diskriminierung annehmen zu können, müsse unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Schwere des Nachteils zähle, nach wertender Betrachtung ein nicht unwesentlicher Unterschied in der Betroffenheit der beiden Geschlechter vorliegen, d. h. bei einem Geschlecht müssten die nachteiligen Wirkungen der Regelung überproportional stark eintreten. Nach diesen Maßstäben sei davon auszugehen, dass die pauschale Altersgrenze des § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO keine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts bewirke. Zwar führe die

Betreuung von Kindern bei Frauen zu einer signifikant größeren Unterbrechung der Berufslaufbahn als bei Männern. Dies werde durch die Erziehungsgeld- und Elterngeldzahlungen belegt. So habe der Anteil der Erziehungsgeldzahlungen an Männer im Jahr 2000 2,6 Prozent betragen und sei im folgenden Jahr auf 2,1 Prozent gesunken. Zu dieser Zeit sei das erste Kind der Klägerin geboren worden. Das in den Zahlen zum Ausdruck kommende Ungleichgewicht habe sich seitdem verringert, sei aber selbst heutzutage immer noch erheblich. In den Jahren 2016 bis 2019 sei Elterngeld von anspruchsberechtigten Männern durchschnittlich 3,7 Monate, von anspruchsberechtigten Frauen hingegen 13,9 Monate bezogen worden. Allerdings könne nicht allein aus den beruflichen Erschwernissen durch Kindererziehungszeiten auf eine durch die pauschale Höchstaltersgrenze bewirkte mittelbare Benachteiligung geschlossen werden, weil auch eine Vielzahl von Männern einer Erschwernis in der beruflichen Entwicklung ausgesetzt gewesen sei. Im gleichen Jahr wie die Klägerin geborene Männer seien grundsätzlich verpflichtet gewesen, Wehrdienst zu leisten. Ab 1990 habe dieser 12 Monate (zuvor 15 Monate) gedauert. Dadurch bzw. den ersatzweisen Zivildienst sei es zu Verzögerungen in der beruflichen Entwicklung gekommen, denen Frauen nicht ausgesetzt gewesen seien. Vor allem aber sei das Einstellungshöchstalter mit dem vollendeten 45. Lebensjahr so hoch bemessen, dass es auch solchen Bewerberinnen und Bewerbern eine realistische Zugangschance eröffne, deren beruflicher Werdegang sich aus aner kennenswerten Gründen verzögert habe. Die Höchstaltersgrenze orientiere sich offensichtlich nicht ausschließlich an dem Zeitraum, der üblicherweise für die Erlangung der Qualifikation benötigt werde. Sie schließe daher nicht von vornherein bestimmte Personengruppen, insbesondere nicht kindererziehende Frauen, aus. Sie sei deshalb weder von ihrer Intention noch in ihren Wirkungen mit im Spannungsverhältnis zur Religionsfreiheit stehenden beruflichen Bekleidungs Vorschriften vergleichbar. Im Bereich des Arbeitsrechts sei durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts geklärt, dass ein Anspruch auf eine Zusatzrente von einer pauschalen, für beide Geschlechter geltenden Höchstaltersgrenze oder Mindestbetriebszugehörigkeit abhängig gemacht werden dürfe. Voraussetzung dafür sei, dass die Grenze so gesetzt sei, dass Frauen statistisch keinem erheblich höheren Risiko als Männer ausgesetzt seien, von der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen zu werden. Gleiches müsse für eine Altersgrenze im Beamtenrecht gelten. Bei einer pauschalen Höchstaltersgrenze des 45. Lebensjahrs seien Frauen keinem signifikant höherem Risiko ausgesetzt, nicht verbeamtet zu werden. Nach den Daten der Beklagten liege in den Geburtsjahrgängen 1968 bis 1972 die Wahrscheinlichkeit, dass eine im Schuldienst tätige Lehrerin verbeamtet sei, bei ca. 91 Prozent (456 Beamtinnen / [456 Beamtinnen + 47 Arbeitnehmerinnen]). Die Wahrscheinlichkeit, dass eine männliche Lehrkraft verbeamtet sei, liege mit ca. 94 Prozent (239 Beamte / [239 Beamte + 16

Arbeitnehmer]) zwar höher. Der Unterschied sei aber sehr gering und daher nicht ausreichend, um von einer signifikant unterschiedlichen Risikoverteilung auszugehen. Diese Daten seien für die Auswirkungen der Höchstaltersgrenze aussagekräftig. Die Jahrgänge 1968 bis 1972, zu denen die Klägerin gehöre, hätten die Höchstaltersgrenze seit einigen Jahren überschritten. Daher sei bei ihnen eine nachteilige Wirkung der Höchstaltersgrenze bereits eingetreten. Die Wirkungen der Höchstaltersgrenze würden durch die Daten auch deshalb aussagekräftig wiedergegeben, weil sie mit insgesamt ca. 750 Personen eine große Gesamtheit umfassten. Das Lehrpersonal an Schulen sei innerhalb der Kernverwaltung der Stadtgemeinde Bremen und der Freien Hansestadt Bremen der Bereich mit der größten Beschäftigtenzahl. Das Lehrpersonal sei zudem von der Höchstaltersgrenze im Vergleich zur Gesamtheit der Beschäftigten der Beklagten besonders betroffen. Verbeamtete Lehrkräfte gehörten zur Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt. Der Zugang dazu setze einen Mastergrad oder gleichwertigen Abschluss voraus. Aufgrund der erforderlichen längeren Zeit für den Erwerb dieser Bildungsvoraussetzung müssten negative Auswirkungen der Höchstaltersgrenze aller Wahrscheinlichkeit nach besonders in der Laufbahngruppe 2, zweites Einstiegsamt auftreten. Bei Lehrkräften müssten diese Auswirkungen zudem deshalb gut erkennbar sein, weil eine Tätigkeit als Lehrkraft durch die Überschreitung der Höchstaltersgrenze nicht ausgeschlossen werde, sondern dann im Arbeitsverhältnis möglich sei. Dies sei zwar im Vergleich zu einer Tätigkeit im Beamtenverhältnis mit finanziellen Nachteilen verbunden. Dieser Nachteil beschränke sich aber vor allem auf die fehlende Freistellung von Zahlungen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung und sei somit nicht übermäßig schwer. Eine abschreckende Wirkung der Höchstaltersgrenze auf ältere Personen sei daher nicht zu erwarten. Bereits aus der für beide Geschlechter gleichermaßen sehr hohen Wahrscheinlichkeit, als Lehrkraft verbeamtet zu werden, folge eine geringe nachteilige Wirkung der Höchstaltersgrenze auf die Wahrscheinlichkeit einer Verbeamtung. Die nachteilige Wirkung werde zusätzlich dadurch relativiert, dass in den Geburtsjahrgängen 1976 bis 1980 die Wahrscheinlichkeit, dass eine Lehrerin verbeamtet sei, mit ca. 92 Prozent (557 Beamtinnen / [557 Beamtinnen + 46 Arbeitnehmerinnen]) nur geringfügig höher sei, als in den Geburtsjahrgängen 1968 bis 1972. Bei den Geburtsjahrgängen 1976 bis 1980 greife die Höchstaltersgrenze derzeit noch nicht. Die Nichtverbeamtung in diesen Jahrgängen müsse daher auf anderen Gründen, wie beispielsweise der fehlenden Erfüllung der Laufbahnvoraussetzungen, einer der Verbeamtung entgegenstehenden anderen Staatsangehörigkeit oder gesundheitlichen Beeinträchtigungen, beruhen. Dass die Verbeamtungsquote bei den weiblichen Lehrkräften in den Jahrgängen 1968 bis 1972 und 1976 bis 1980 ähnlich sei, lege es nahe, dass die Höchstaltersgrenze kein wichtiger Grund für eine Nichtübernahme in das Beamtenverhältnis sei. Zudem könne bereits allein anhand der statistischen Daten für die Geburtsjahrgänge 1968 bis 1972 sicher

ausgeschlossen werden, dass der überwiegende Grund für die Nichtverbeamtung in diesen Jahrgängen die Höchstaltersgrenze gewesen sei. Nur 29 der 63 im Arbeitsverhältnis tätigen Lehrkräfte dieser Jahrgänge trügen die Dienstbezeichnung „Angestellte in der Stellung einer Lehrerin“ bzw. „eines Lehrers“ und erfüllten damit die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen für eine Verbeamtung. Von diesen habe die Beklagte aufgrund des Einstellungszeitpunkts bei neun Personen sicher ausschließen können, dass deren Anstellung im Arbeitsverhältnis aufgrund einer Überschreitung der Höchstaltersgrenze erfolgt sei. Es verblieben damit maximal 20 Personen, bei denen die nicht erfolgte Verbeamtung auf der Höchstaltersgrenze beruhen könne. Von diesen seien nach Angaben der Beklagten 16 Frauen und 4 Männer. Dies entspreche bei 503 weiblichen Lehrkräften der Geburtsjahrgänge 1968 bis 1972 lediglich einem Anteil von drei Prozent potentiell Betroffener. Der Anteil potentiell betroffener männlicher Lehrkräfte in diesen Geburtsjahrgängen sei zwar mit 1,5 Prozent (4 potentielle männliche Betroffene / 255 männliche Lehrkräfte) etwas geringer. Trotzdem sei der Anteil der möglicherweise von der Höchstaltersgrenze betroffenen weiblichen Lehrkräfte an der Gesamtzahl der weiblichen Lehrkräfte derart gering, dass selbst eine unterstellte entscheidungserhebliche Wirkung der Höchstaltersgrenze in allen diesen Fällen nicht ausreichend sein könne, ein signifikant höheres Risiko, nicht verbeamtet zu werden, und damit eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts zu begründen. Einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof bedürfe es nicht. Art. 6 Abs. 1 GG stehe der festgelegten pauschalen Höchstaltersgrenze ebenfalls nicht entgegen. Die Klage habe auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs keinen Erfolg. Auch insoweit sei sie zwar zulässig. Dass über die geltend gemachten Schadensersatzansprüche vorgerichtlich nicht entschieden worden sei, sei unschädlich. Insoweit sei die Klage im Verlauf des gerichtlichen Verfahrens als Untätigkeitsklage zulässig geworden. Die Klage sei aber unbegründet. Es fehle an dem für einen Anspruch auf Schadensersatz notwendigen Rechtsverstoß. Die Klägerin habe auch zum für den Schadensersatzanspruch maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung die mit höherrangigem Recht vereinbare gesetzliche Altersgrenze des 45. Lebensjahrs für die Übernahme in das Beamtenverhältnis bereits überschritten gehabt. Dass die Beklagte den Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis abgelehnt habe, bewirke daher keine mittelbare Diskriminierung oder einen anderen Pflichtenverstoß.

Mit der vom Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht habe zwar die rechtlichen Maßstäbe zutreffend dargelegt, den vorliegenden Sachverhalt aber fehlerhaft unter die gegebenen, gegenüber § 48 Abs. 1 LHO höherrangigen unionsrechtlichen sowie verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben subsumiert. Die Schwere des

Nachteils, von einer Verbeamtung ausgeschlossen zu werden, sei erheblich. Die wirtschaftliche Situation von Lehrkräften im Angestelltenverhältnis im Vergleich zu Lehrkräften im Beamtenstatus unterscheide sich bei gleicher Arbeitsleistung um einen hohen dreistelligen bis niedrigen vierstelligen Euro-Betrag monatlich, sowie lebenslang durch eine wesentlich schlechtere Absicherung bei Alter und verschlechterter Gesundheitssituation. Wenn ein Geschlecht vom Zugang zu diesem Status aufgrund von Umständen, die mit der Zugehörigkeit zum Geschlecht statistisch überwiegend verbunden seien, dauerhaft und ohne weitere Möglichkeit der Beeinflussung ausgeschlossen werde (subjektive Zugangsschranke), sei an die Prüfung, ob eine Benachteiligung vorliege, ein strenger, grundrechtswahrender Maßstab anzulegen. Das Verwaltungsgericht habe die von ihm erhobenen Daten und ihre Aussagekraft vor diesem Hintergrund nicht richtig und nicht vollständig interpretiert. Im Ansatzpunkt zutreffend habe es sich zunächst an die prozentuale Betroffenheit der Geschlechter angenähert. Der Anteil der männlichen Lehrkräfte aus der Alterskohorte der Klägerin, die trotz vorhandener fachlicher Qualifikationen nicht in ein Beamtenverhältnis übernommen worden seien, liege bei nur 4 von 255 (= 1,5 Prozent). Der Anteil der weiblichen Lehrkräfte aus der Alterskohorte der Klägerin, die trotz vorhandener fachlicher Qualifikationen nicht in ein Beamtenverhältnis übernommen worden seien, liege hingegen bei 25 von 503 (= rund 5 Prozent) und damit mehr als drei Mal so hoch wie in der männlichen Vergleichsgruppe. Bei neun der weiblichen Lehrkräfte mit hinreichender Qualifikation habe die Beklagte in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass es aufgrund des Einstellungszeitpunkts ausgeschlossen werden könne, dass die Nichtverbeamtung auf ein Überschreiten der Altershöchstgrenze zurückzuführen sei. Eine nachvollziehbare, schriftsätzliche und damit einlassungsfähige Darlegung für diese Angabe stehe indessen aus, so dass diese vorsorglich mit Nichtwissen zu bestreiten sei. Selbst wenn dieser Vortrag als zutreffend angenommen werde, verblieben 16 weibliche Lehrkräfte, die aufgrund eines Überschreitens der Altershöchstgrenze nicht verbeamtet worden seien, mithin 3 Prozent. Da die Beklagte nicht habe darlegen können, dass die über drei Mal, mindestens jedoch doppelt so starke Betroffenheit von Frauen in der Gruppe der nicht verbeamteten Lehrkräfte auf andere, nicht mit dem Geschlecht verbundene Gründe zurückzuführen sei, verbleibe es bei der Schlussfolgerung, dass die Verbeamtung dieser Gruppe an der Altersgrenze gescheitert sei. Diese Annahme werde auch dadurch bekräftigt, dass in der Vergleichsgruppe jüngerer Lehrkräfte (Geburtsjahrgänge 1976 bis 1980) ein höherer Anteil an Verbeamtungen festzustellen sei. Ein Übertreffen der benachteiligten Gruppe dem prozentualen Verhältnis nach um das Doppelte oder das Dreifache sei als „wesentlich stärkere Benachteiligung“ sowie „überwiegende Betroffenheit“ im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anzusehen. Dies gelte umso mehr, wenn – wie vorliegend – Umstände vorlägen, die den Schluss einer Anknüpfung der Benachteiligung an das

Geschlecht nahelegten. Das Verwaltungsgericht habe zutreffend die überwiegende Betroffenheit von Frauen bei der Inanspruchnahme von Kindererziehungszeiten dargestellt. Es sei somit statistisch belegt, dass die zeitliche Verzögerung der eigenen Erwerbsbiographie in Deutschland weiterhin, insbesondere aber auch in der Alterskohorte der Klägerin, bei Frauen liege. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts werde diese Verzögerung nicht durch den inzwischen abgeschafften Wehr- und Ersatzdienst, der 1990 bei 12 Monaten gelegen habe (zuvor 15 Monate), kompensiert. Hierbei sei einerseits zu berücksichtigen, dass ein hoher Prozentsatz von Männern aufgrund fehlender Tauglichkeit gar nicht zum Wehr- oder Ersatzdienst herangezogen worden sei. Andererseits sei die Verzögerung der Erwerbsbiographie durch Erziehungszeiten deutlich nachhaltiger und zeitlich umfassender als durch einen 12 oder 15-monatigen Wehrdienst. Statistisch bekomme jede Frau in Deutschland derzeit 1,54 Kinder (die Klägerin zwei Kinder), wobei die zeitliche Inanspruchnahme und Verzögerung der Erwerbsbiographie für Frauen durch Kinderbetreuung in der Regel bei deutlich über einem Jahr je Kind liege. In einer solchen Konstellation sei auch bei einer relativ geringen Gesamtzahl von nachteilig betroffenen Frauen vom Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung im Sinne der europäischen Richtlinien 2006/54/EG sowie 2000/78/EG auszugehen, wenn das auslösende Ereignis für die Benachteiligung, nämlich die Verzögerung innerhalb der Erwerbsbiographie durch Zeiten der Kindererziehung, bei den Angehörigen des benachteiligten Geschlechts statistisch belegt signifikant häufiger vorhanden sei als bei den Angehörigen des anderen Geschlechts. Eine weitere Benachteiligung von Frauen durch eine starre Altersgrenze zur Verbeamtung ohne Möglichkeit der Erweiterung aufgrund von Kindererziehungszeiten liege darin begründet, dass es männlichen Arbeitnehmern ermöglicht werde, anderweitige berufliche Erfahrungen zu sammeln, bevor ein spätestmöglicher Eintritt in das Beamtenverhältnis erfolge. Frauen werde diese Möglichkeit anderweitiger beruflicher Erfahrungen aufgrund der starren Altersgrenze und ihrer statistisch deutlich überwiegenden Betroffenheit nicht in gleicher Weise ermöglicht. Bei der gegebenen Sachlage hätte das Verwaltungsgericht den Rechtsstreit dem Europäischen Gerichtshof vorlegen müssen. Durch den Europäischen Gerichtshof sei bislang nicht entschieden, ob das Kriterium der „wesentlich stärkeren Betroffenheit“ eines Geschlechts dann anzunehmen sei, wenn zwar der absolute Unterschied der Prozentsätze der von der Altersgrenze betroffenen Angehörigen der Geschlechter gering sei, ihr Verhältnis zueinander aber um den Faktor 2 bis 3 divergiere. Auch aus Artikel 6 Abs. 1 GG folge ein besonderer Schutzauftrag des Staates gegenüber Familien. Zu diesem Schutzbereich zähle insbesondere die Erziehung eigener und angenommener Kinder. Der besondere Schutzauftrag gebiete es, Normen dahingehend auszulegen, dass sie faktischen Nachteilen, insbesondere im Erwerbsleben, entgegenwirkten, die sich aus der Erziehung von Kindern ergäben. Die beanstandete Regelung setze hingegen eine für Männer und

Frauen gleiche Altersgrenze bereits bei 45 Jahren an, mithin in einem Alter, in welchem selbst bei typisierender Betrachtung ein Wiedereintritt in das Berufsleben nach Zeiten der Kindererziehung noch nicht gegeben sei, und dies ausdrücklich ohne die Möglichkeit, eine Erhöhung des Höchsteintrittsalters für einen bestimmten Zeitraum vorzusehen, der entstandene Unterbrechungen der Erwerbsbiographie durch Zeiten der Kindererziehung berücksichtige. Es sei nicht nachzuvollziehen und entspreche nicht dem Schutzauftrag des Grundgesetzes aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1, Abs. 4 GG, dass der Bremische Gesetzgeber eine solche Möglichkeit der Erhöhung der Altersgrenze nicht vorgesehen habe.

Auch aus Art. 2 lit. a) und f) des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Cedaw) folge eine Pflicht zum Vorsehen einer – wenn auch gegebenenfalls pauschalieren – Erhöhungsmöglichkeit für Zeiten der Kindererziehung in gesetzlichen Höchstaltersgrenzen. Art. 2 lit. a) und f) der CEDAW sei bei der Auslegung der Grundrechte und grundrechtsgleicher Rechte zu beachten. Auf der Ebene des Verfassungsrechts diene er als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte, dies folge aus dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes. Hiernach dürfe § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO der Verbeamtung der Klägerin nicht entgegenstehen. Vom Gesetzgeber müsse eine klare, transparente Regelung erlassen werden, die nicht aufgrund des Geschlechts mittelbar diskriminiere. Aus Art. 2 lit. a) und f) der CEDAW ergebe sich die Verpflichtung, mit allen geeigneten Mitteln die Diskriminierung der Frau unverzüglich zu beenden. § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO dürfe daher bis zur Aufnahme einer Ausnahmebestimmung für Erziehungszeiten nicht angewendet werden. Verstoße die Altersgrenze in § 48 Abs. 1 S. 1 LHO Bremen gegen höherrangiges Recht, sei in der Folge auch ein Anspruch der Klägerin auf eine Entschädigung aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 AGG begründet.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 11. September 2020 abzuändern und

1.) die Beklagte zu verpflichten, unter Aufhebung ihres Bescheides vom 01.11.2018 und des Widerspruchsbescheides vom 17.12.2018 über den Antrag der Klägerin vom 05.10.2018 auf Übernahme in das Beamtenverhältnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, sowie

2.) die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin eine angemessene Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die von der Klägerin angestellten Überlegungen zu einer unterschiedlichen Betroffenheit der Gruppe der Frauen im Verhältnis zu der Vergleichsgruppe der Männer, die nicht verbeamtet worden sind, seien unzutreffend. Bei Betrachtung der jeweils angesprochenen Personengruppen der männlichen und weiblichen Lehrkräfte ergebe sich, dass Frauen aufgrund der landesrechtlichen Regelung keinem signifikant höheren Risiko ausgesetzt seien, nicht verbeamtet zu werden. Aufgrund der in § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO normierten Altersgrenze sei vielmehr eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Verbeamtung angelegt – soweit die übrigen beamtenrechtlichen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt seien.

Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Die Beklagte hat es zu Recht abgelehnt, die Klägerin in das Beamtenverhältnis zu übernehmen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags auf Übernahme in das Beamtenverhältnis (hierzu unter 2.). Ein Entschädigungsanspruch steht ihr nicht zu (hierzu unter 3.).

1. Maßgeblich sind die Rechtsvorschriften, die im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats für die Beurteilung des Klagebegehrens gelten (vgl. OVG Bremen, Urte. v. 14.12.2011 - 2 A 326/10, juris Rn. 24). Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags auf Übernahme in das Beamtenverhältnis beurteilt sich nach § 48 der Haushaltsordnung der Freien Hansestadt Bremen (Landeshaushaltsordnung - LHO) vom 25. Mai 1971 (Brem.GBl. 1971, S. 143), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 13. Juli 2021 (Brem.GBl. S. 604, 605).

Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO dürfen Beamte erstmalig ernannt oder in den Dienst der Freien Hansestadt Bremen versetzt werden, wenn die Bewerber das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. § 48 Abs. 2 LHO sieht vor, dass die oberste Dienstbehörde hiervon eine Ausnahme zulässt, wenn die Ernennung oder die Versetzung einen erheblichen Vorteil für die Freie Hansestadt Bremen bedeutet oder ein dringendes dienstliches Interesse besteht, den Bewerber zu gewinnen.

2. § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO verstößt nicht gegen höherrangiges Recht (hierzu unter a) – d)) und steht einer Übernahme der Klägerin in das Beamtenverhältnis entgegen (hierzu unter e)).

a) § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO ist mit Unionsrecht vereinbar. Die Einstellungshöchstgrenze führt insbesondere nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen.

aa) Der Senat entscheidet diese Frage ohne Vorlage an den Europäischen Gerichtshof. Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV ist ein Gericht eines Mitgliedstaates berechtigt („kann“), eine gemeinschaftsrechtliche Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, wenn es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich hält. Eine Pflicht zur Vorlage besteht jedoch nur für letztinstanzliche Gerichte (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Dazu zählt im vorliegenden Verfahren das Oberverwaltungsgericht nicht. Ein Gericht fungiert nur dann nach Art. 267 Abs. 3 AEUV als letztinstanzliches Gericht, wenn die von ihm getroffene Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 04.06.2002 - C-99/00 -, juris Rn. 15). Jedenfalls dann, wenn – wie vorliegend – die Revision zugelassen wird, können Urteile von Oberverwaltungsgerichten in diesem Sinne mit Rechtsmitteln angefochten werden.

bb) Unionsrechtliche Vorgaben für eine Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung vor dem Hintergrund einer möglichen mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts enthalten Art. 23 der GR-Charta i.V.m. Art. 157 AEUV und die Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204 vom 26.07.2006, S. 23; vgl. auch § 3 Abs. 2 AGG).

Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG darf es im öffentlichen und privaten Sektor einschließlich öffentlicher Stellen u. a. in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen sowie das Arbeitsentgelt keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2006/54/EG enthalten Vorgaben dazu, wann eine unmittelbare bzw. mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegt. Da § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO unstreitig nicht unmittelbar an das Geschlecht anknüpft, kommt hier nur eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/54/EG in Betracht.

Danach bezeichnet „mittelbare Diskriminierung“ eine Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in

besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (vgl. EuGH, Urt. v. 08.05.2019 – C-161/18 – „Villar Láiz“, Rn. 37).

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bedarf es zunächst einer Prüfung, ob sich eine Regelung de facto (vgl. EuGH, Urt. v. 20.10.2011 – C-123/10 – „Waltraud Brachner“, Rn. 58) auf einen signifikant höheren Anteil von Personen eines Geschlechts im Vergleich zu Personen des anderen Geschlechts ungünstig auswirkt. Die dahingehende Prüfung obliegt dem nationalen Gericht (EuGH, Urt. v. 08.05.2019 – C-161/18 – „Villar Láiz“, Rn. 38 m.w.N.; vgl. auch den 30. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/54/EG). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Regelung eines Mitgliedstaats eine derart unterschiedliche Wirkung für Männer und Frauen hat, hat das nationale Gericht zu prüfen, ob sich aus den verfügbaren statistischen Daten ergibt, dass bei einem Geschlecht die nachteiligen Wirkungen einer Regelung wesentlich häufiger eintreten (vgl. EuGH, Urt. v. 09.02.1999 – C-167/97 – „Seymour-Smith“, Rn. 60 f.; vgl. ferner EuGH, Urt. v. 18.10.2017 – C-409/16 – „Ypourgos Esoterikon, Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton / Maria-Eleni Kalliri“, Rn. 31 f. m.w.N. [„eine sehr viel höhere Zahl von Frauen als von Männern benachteiligt“]).

Die für eine überwiegende Betroffenheit eines Geschlechts herangezogenen statistischen Daten müssen dabei aussagekräftig sein, sie dürfen also „nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln“ (vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.1995 – C-444/93 – „Megner und Scheffel“, Rn. 24; Urt. v. 09.02.1999 – C-167/97 – „Seymour-Smith“, Rn. 62).

Das Verwaltungsgericht hat hinreichend aussagekräftige statistische Daten ermittelt. Es hat zunächst die Beschäftigungsstruktur der Lehrerschaft im Dienst der Beklagten hinsichtlich der Jahrgänge 1968 bis 1972 dahingehend in den Blick genommen, wie hoch in jeder Gruppe – der Lehrerinnen und Lehrer – der Anteil der Personen ist, die von der Regelung nachteilig betroffen sind bzw. sein könnten, und derjenigen, die es nicht sind. Dieser Ansatz ist nicht zu beanstanden, weil die vom Verwaltungsgericht in den Blick genommene Altersgruppe die Höchstaltersgrenze seit mehreren Jahren überschritten hat und nachteilige Wirkungen der Altersgrenze somit bereits eintreten konnten. Die Fokussierung auf diese Altersgruppe ist auch deshalb geeignet, hinreichend aussagekräftige statistische Daten zu liefern, die einen Rückschluss auf eine etwaig bestehende mittelbare Diskriminierung zulassen, weil es sich bei dieser Altersgruppe – wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat – um eine relativ große Vergleichsgruppe

von insgesamt 758 Personen handelt und weiter davon auszugehen sein dürfte, dass Lehrerinnen und Lehrer, die wegen der Höchstaltersgrenze nicht verbeamtet werden können, dennoch bei der Beklagten angestellt sind bzw. bleiben.

Für den Fall, dass das nationale Gericht – wie hier – über aussagekräftige statistische Daten verfügt, hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die beste Vergleichsmethode darin besteht, die Gruppe der männlichen mit der weiblichen Arbeitskräfte daraufhin zu vergleichen, wie hoch in jeder Gruppe der Anteil der Personen ist, die von der in Rede stehenden Regel betroffen sind, und derjenigen, die es nicht sind (EuGH, Urt. v. 08.05.2019 – C-161/18 – „Villar Láiz“, Rn. 39; Urt. v 09.02.1999 – C-167/97 – „Seymour-Smith“, Rn. 60 f.).

Dies setzt im vorliegenden Fall eine Auswertung der bei der Beklagten vorhandenen Beschäftigungsstruktur voraus. Zunächst ist festzustellen, wie viele männliche und weibliche Lehrerinnen und Lehrer es bei der Beklagten gibt und wie viele von ihnen jeweils – nach Geschlechtern getrennt – gerade wegen der in § 48 Abs. 1 Satz 1 BremLBO festgelegten Altersgrenze nicht verbeamtet wurden (vgl. zur Ermittlung der maßgeblichen statistischen Daten EuGH, Urt. v. 09.02.1999 – C-167/97 – „Seymour-Smith“, Rn. 59 ff.; Urt.v. 20.10.2011 – C-123/10 – „Waltraud Brachner“, Rn. 60 ff.).

Die Anzahl der (mutmaßlich) wegen der Altersgrenze nicht verbeamteten Lehrerinnen in der Alterskohorte der Klägerin ist zwar – absolut gesehen – um ein Vielfaches höher als diejenige der nicht verbeamteten Lehrer. Dabei geht der Senat zugunsten der Klägerin davon aus, dass die neun Personen, bei denen das Verwaltungsgericht meinte, aufgrund der Angaben der Beklagten zum Einstellungszeitpunkt ausschließen zu können, dass ihre Anstellung im Arbeitsverhältnis auf einer Überschreitung der Höchstaltersgrenze beruht, doch wegen der Höchstaltersgrenze nicht verbeamtet wurden und dass diese neun Personen sämtlich Frauen sind. Denn die Beklagte vermochte es im Berufungsverfahren weder zu erläutern, weshalb sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht meinte, dass bei diesen Personen wegen des Einstellungszeitpunkts die Höchstaltersgrenze keine Rolle für die fehlende Verbeamtung gespielt haben könne, noch konnte sie angeben, wie viele dieser Personen Männer und wie viele Frauen sind. Somit geht der Senat von 25 mutmaßlich wegen der Altersgrenze nicht verbeamteten Lehrerinnen und vier mutmaßlich wegen der Altersgrenze nicht verbeamteten Lehrern in der untersuchten Alterskohorte aus. Allerdings ist bei der Interpretation dieser absoluten Zahlen zu berücksichtigen, dass es in dieser Alterskohorte auch insgesamt deutlich mehr Lehrerinnen als Lehrer gibt (503 Lehrerinnen zu 255 Lehrern). Genau aus diesem Grund entspricht ein Vergleich der absoluten Zahlen nicht dem Ansatz des Europäischen

Gerichtshofs. Vielmehr ist zu vergleichen, wie hoch innerhalb der Gruppe der männlichen und weiblichen Lehrkräfte der untersuchten Alterskohorte jeweils der Anteil der Personen ist, deren Verbeamtung mutmaßlich an der Altersgrenze gescheitert ist (vgl. EuGH, Urt. v. 08.05.2019 – C-161/18 – „Villar Láz“, Rn. 39; Urt. v. 09.02.1999 – C-167/97 – „Seymour-Smith“, Rn. 60 f.).

Dabei ist festzustellen, dass innerhalb der Gruppe der weiblichen Lehrkräfte der untersuchten Alterskohorte ca. 5 % mutmaßlich wegen der Altersgrenze nicht verbeamtet wurden (25 von 503), während es innerhalb der Gruppe der männlichen Lehrkräfte der untersuchten Alterskohorte nur ca. 1,5 % sind (4 von 255). Der Senat hat erwogen, dass aus dieser mehr als dreimal so hohen relativen Betroffenheit der weiblichen Lehrkräfte eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts abgeleitet werden könnte. Entscheidend dagegen spricht aus seiner Sicht jedoch letztendlich, dass mehr als 95 % der Frauen in der untersuchten Alterskohorte nicht von der beanstandeten Regelung nachteilig betroffen sind. Die Altersgrenze steht einer Verbeamtung von Frauen also nur in sehr wenigen Fällen entgegen. Betrachtet man die statistischen Daten unter dem Blickwinkel, dass in der untersuchten Personengruppe ca. 95 % der Frauen und ca. 98,5 % der Männer nicht von der Höchstaltersgrenze negativ betroffen sind, kann nicht davon gesprochen werden, dass diese Regelung sich bei Frauen wesentlich häufiger nachteilig auswirkt als bei Männern.

Zudem ist die Gruppe derjenigen Personen, die von der beanstandeten Altersgrenze mutmaßlich nachteilig betroffen sind (25 Frauen und 4 Männer), derart klein, dass selbst kleinste Veränderungen der absoluten Zahlen zu erheblichen Unterschieden in der relativen Betroffenheit von Männern und Frauen führen können. Wären von der Höchstaltersgrenze nur 5 Frauen weniger und 5 Männer mehr betroffen, hätte sich die relative Betroffenheit innerhalb der jeweiligen Geschlechtsgruppe mit 3,9 % bei den Frauen (20 / 503) zu 3,5 % bei den Männern (9 / 255) nahezu angeglichen.

Des Weiteren spricht gegen die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung, dass die Wahrscheinlichkeit, dass eine Lehrerin verbeamtet ist, in den Jahrgängen 1976 bis 1980, die im Zeitpunkt der Datenerhebung durch das Verwaltungsgericht noch nicht von der Höchstaltersgrenze betroffen sein konnten, mit ca. 92 Prozent nur unwesentlich höher ist als in den von der Höchstaltersgrenze betroffenen Jahrgängen 1968 bis 1972 (ca. 91 Prozent).

Da nach alledem aufgrund der statistischen Daten nicht von einer signifikanten Ungleichbehandlung von Frauen in Relation zu Männern durch die Regelung des § 48 Abs.

1 Satz 1 LHO auszugehen ist, bedarf es aus Sicht des Senats auch keiner Erörterung möglicher Auswirkungen von Kindererziehungszeiten oder einer Gegenüberstellung vergleichbarer „Erschwernisse“ bei Männern (z.B. Bundeswehr-/Wehrersatzdienstzeiten). Dass es durch Kindererziehungszeiten zu Verzögerungen bzw. Nachteilen in der beruflichen Entwicklung kommen kann, liegt auf der Hand, bedeutet aber nicht, dass Frauen durch die beanstandete Regelung mittelbar diskriminiert werden. Denn es bestehen – wie dargelegt – keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass Frauen spürbar häufiger von der Regelung nachteilig betroffen sind als Männer. Das Verwaltungsgericht hat darüber hinaus zutreffend hervorgehoben, dass § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO mit dem Abstellen auf die Vollendung des 45. Lebensjahrs eine im Vergleich zu anderen Bundesländern relativ hohe Altersgrenze vorsieht. Die Festlegung auf das 45. Lebensjahr ist dabei Ausfluss einer typisierenden Berücksichtigung des beruflichen Werdegangs (inklusive Vor- und Ausbildung) unter Einbeziehung (aner kennenswerter) beruflicher Verzögerungen bzw. von Kindererziehungszeiten etc. Aufgrund des in dieser Regelung großzügig bemessenen zeitlichen Korridors für die Einstellung und Übernahme in das Beamtenverhältnis besteht kein Erfordernis, weitergehende Ausnahmen, wie sie die Klägerin für angezeigt hält, zu statuieren (so im Hinblick auf eine etwaige Diskriminierung wegen des Alters: auch BayVGH, Beschl. v. 02.03.2020 - 3 ZB 19.1090, juris Rn. 19). Das Einstellungshöchstalter des vollendeten 45. Lebensjahrs eröffnet auch solchen Beamtenbewerberinnen und -bewerbern eine realistische Zugangschance, deren beruflicher Werdegang sich aus aner kennenswerten Gründen verzögert hat. Das streitgegenständliche Einstellungshöchstalter orientiert sich offensichtlich nicht ausschließlich an dem Zeitraum, der üblicherweise für die Erlangung der Qualifikation benötigt wird (vgl. auch BayVGH, Beschl. v. 02.03.2020 - 3 ZB 19.1090, a.a.O., Rn. 20). Nach dem Verständnis des bremischen Gesetzgebers ist die beanstandete Regelung zur Altersgrenze mit regelmäßig 45 Jahren so hoch angesetzt, dass denkbare Verzögerungen in der beruflichen Entwicklung bereits pauschal in die Abwägung zwischen dem dienstlichen Interesse an einem ausgewogenen Verhältnis von Arbeitsleistung und Versorgungsansprüchen einerseits und dem Leistungsgrundsatz aus Art. 33 Absatz 2 GG andererseits einbezogen sind. Dabei kann unterstellt werden, dass der bremische Gesetzgeber gerade auch erziehungsbedingte Verzögerungen in der beruflichen Entwicklung im Sinn hatte (vgl. hierzu die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung der Landeshaushaltsordnung, Brem. Bürgerschaft (Landtag), Drs. 20/395, S. 15).

b) § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO verstößt auch nicht gegen nationales Verfassungsrecht, namentlich nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 GG. Das Verwaltungsgericht hat insoweit zutreffend dargelegt, dass sich die Maßstäbe, nach denen von einer mittelbaren

Diskriminierung wegen des weiblichen Geschlechts auszugehen ist, im Unionsrecht und im deutschen Recht im Wesentlichen gleichen (vgl. insoweit nur BVerfG, Beschl. v. 23.07.2019 - 1 BvR 684/14, juris Rn. 7 f.).

c) § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO ist überdies auch mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Prinzip der Bestenauslese bzw. dem hieraus abgeleiteten beamtenrechtlichen Leistungsgrundsatz, dem AGG und „sonstigem“ Gemeinschaftsrecht vereinbar (vgl. hierzu OVG Bremen, Urt. v. 14.12.2011 - 2 A 326/10, juris). Dies wird von der Klägerin auch nicht ernsthaft in Zweifel gezogen.

d) Auch der Verweis der Klägerin auf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (Gesetz zum Übereinkommen v. 25.05.1985, BGBl. II, S. 647) verhilft ihrem Begehren nicht zum Erfolg. Wie vorstehend dargelegt liegt schon keine (mittelbare) Diskriminierung von Frauen aufgrund der beanstandeten Regelung vor.

e) Die danach anzuwendende Höchstaltersgrenze des § 48 Abs. 1 Satz 1 LHO hat der Verbeamtung der Klägerin bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung entgegengestanden. Die Klägerin hat am 05.10.2018 die Übernahme in das Beamtenverhältnis beantragt. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie bereits das 47. Lebensjahr vollendet.

Eine Ausnahme nach § 48 Abs. 1 Satz 2 LHO liegt nicht vor. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch, dass nach Maßgabe des § 48 Abs. 2 LHO von der Höchstaltersgrenze abgewichen wird. Danach lässt die oberste Dienstbehörde eine Ausnahme zu, wenn die Ernennung einen erheblichen Vorteil für die Freie Hansestadt Bremen bedeutet oder ein dringendes dienstliches Interesse besteht, den Bewerber zu gewinnen. Diese Voraussetzungen werden durch Kindererziehungszeiten nicht erfüllt.

f) Da keine Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliegt, besteht auch der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 709 Satz 2 ZPO.

III. Die Revision ist zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob eine landesrechtliche pauschale Höchstaltersgrenze von 45 Jahren für die Übernahme in das Beamtenverhältnis mit höherrangigem Recht vereinbar ist, grundsätzliche Bedeutung hat (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Das Urteil kann durch Revision angefochten werden.

Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,
28195 Bremen, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im
Eingangsbereich),

schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Revision und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

Dr. Maierhöfer

Traub

Bogner